

## 妨害排除請求権における理論的根拠の研究

著者	三沢 元次
著者別名	M. Misawa
雑誌名	東洋法学
巻	24
号	2
ページ	p57-82
発行年	1981-03
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1060/00006037/">http://id.nii.ac.jp/1060/00006037/</a>



# 妨害排除請求権における理論的根拠の研究

三 沢 元 次

## 目 次

### 一、序 文

### 二、理論的根拠についての学説・判例の概観

### 三、学説・判例の検討

- (一) 絶対権説における問題点
- (二) 不可侵性説における問題点
- (三) 支配権説における問題点
- (四) 排他性説における問題点
- (五) 歴史的・法社会学的観点の問題点
- (六) 諸利益の相関的考慮説の問題点
- (七) 受忍限度説における問題点
- (八) 人格権説における問題点
- (九) 環境権説における問題点

### 四、結 語

東 洋 法 学

## 一、序 文

物権的妨害排除請求権が物権の保護を中心としてローマ法以来発達してきたものであるから、所有権および占有権の妨害についての排除並びに予防について認められる救済であるのは当然である。しかしその理論的根拠についての学説・判例が多岐となり、また例えば物権化された賃借権等には一般債権等にこの理論を拡張適用せんとする試みの当否についても紛糾している。

これは現実の社会的経済的現象が複雑化し殊に多様化する不法行為並びに債権侵害に際して、物権的請求権と同様な救済たる原状回復的救済すなわち妨害排除や差止請求を認むべき社会的要請が存するにかかわらず、その法的ないし理論的根拠の究明の遅れと対立が存するためと思われる。

そこで、まず第一にこの理論的根拠について解決しなければ妨害排除請求権理論の他の法域ないし権利への拡張の当否について論じえないのみならず、拡張の方向や限界も不明確になると思われる。

第二に従来の学説・判例の主張が、最近増大する不法行為ないし公害事件の具体的救済として要求される妨害排除としての差止請求ないし予防請求の、理論的根拠となり法的根拠として妥当であるのかという重要な課題である。

かくして従来の学説・判例が、これらをいかに理解し論じているのか、その整理と検討を加えながら、ここに妨害排除請求権の理論的根拠を明確にせんと試みるものである。

## 二、理論的根拠についての学説・判例の概観

### (一) 絶対権説

物権・債権を絶対権 (absolutes Recht, droit absolu) または対世権 (ius in rem, dingliches Recht, droit réel) と相対権 (relatives Recht, droit relatif), または対人権 (ius in personam, Personliches Recht, droit personnel) の二つにわかち、物権は物の直接支配を内容とする結果として特定の相手方なるものが存しない反面、一般人は権利者のその直接支配を侵害しない義務を負担し従って権利者はその権利をもって一般人に対抗しうる。債権は特定の債務者に対して給付を請求しうることを内容とするものであるから、債務者以外の第三者は権利者に対して何らの義務を負担するものではなく、一般人の不可侵義務なるものは債権については理論上考えられない。従って何人にかかわらず物権を侵害した者に対しては、物権者より物権的請求権を行使しうべく、これに対し債権の違法な侵害は債務者によってのみ債務不履行としてなされうるに止まり、債務者以外の者に対して債権者が債権の侵害を理由とする何らかの請求をなすことはありえない。物権はかく絶対権・対世権であるのに反し、債権はかく相対権・対人権である点に両者の本質的な差異があるとした。

そしてこの物権の絶対性から妨害排除請求権が生ずるとする立場であり、これは更に第三者の債権侵害による不法行為の成立をも否定するものである。<sup>(註1)</sup>

既に周知のように近來絶対権・相対権による物権・債権の対比をなさなくなったが、その理由は後にみる通りであ

るし、その結果妨害排除請求権の根拠としても認められない。

## (二) 不可侵性説

判例が「權利者が自己ノ為メニ權利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨グルモノアルトキハ、其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ權利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ、其權利ガ物權ナルト債權ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスベキ理由ナシ」としたが、末広博士はこの不可侵性は「一般權利の通有性」であり妨害排除請求権は、この不可侵性から生ずるものとした。<sup>(註2)</sup>

或いは、何らの権限もなくして事実上侵害をなす者がある場合に、權利の円満な状態の回復を請求するがためには、排他性を必ずしも必要とするものではなく、第三者が不可侵義務に違反して侵害を加えたという事実が、直ちに妨害排除請求権を発生せしめるものとみなければならぬからであるとする。<sup>(註3)</sup>

この不可侵性の意義・内容が必ずしも明確でなく、学説によってもその用い方も異なりまずこの問題を解決せねばならないのは、後に論ずる通りである。

## (三) 支配權説

解釈上物權的請求権を認むべき根本の理由は、物權が目的物に対する直接の支配權であることに存するとし、そして物權の内容を實現することが他人の支配に属する事情により妨げられていたときには、自力救済を禁止せられるので、物權はその妨害事情を支配する地位に存する者に対して、その妨害を除去することを請求する力を持たなければならないとする。更に、そうでなければ物權は全く有名無実のものとなってしまふとし、これが物權的請求権を認める理論的根拠であるとする。<sup>(註4)</sup>

この妨害排除請求権が支配権に限られるとは必ずしも言いえないのみならず、その論理そのものに不合理な点があるのは、後に論ずる如くである。

#### (四) 排他性説

まず物権的請求権が排他性に基づいて発生することを承認せざるをえないとし、「しかし、妨害排除請求権は、排他性に基づいてのみ発生するのではなく、権利の不可侵性に基づいても発生する。ただし、何らの権限もなくして事実上侵害をなす者がある場合に、権利の円満な状態の回復を請求するがためには、右のごとき排他性をかならずしも必要とするものではなく、第三者が不可侵義務に違反して侵害を加えたという事実が、直ちにかかる妨害排除請求権を発生せしめるものとみななければならないからである。したがって、第三者の侵害に対する妨害除去請求権には、支配権特有の排他性に基づくものと、権利に共通な不可侵性に基づくものとがあり、物権については、排他性に基づく物権的請求権が、債権については不可侵性に基づく妨害排除請求権が成立する」と、二元的な解釈の立場をとる説である。<sup>(註5)</sup>

#### (五) 歴史的・法社会学的観点からその実質的根拠を求める立場。

一定の物支配の社会的関係が、物権として構成され現実的支配とは切り離されても物権的請求権によって保護されるべきだとその社会的要請の存在、および、それを可能ならしめる国家の法的制度の整備等の社会的構造にその実質的根拠を求むべきだとする。

そして、「このような視角からみれば、人の作出した一つの論理に過ぎない支配権とか排他性とかいうものから物

権的請求権が発生するのではなく、逆に、ある社会的物支配が物権的請求権によって保護されることによって、その物支配は、支配権的排他的なものへと高められ、強化される」としている。<sup>(註6)</sup>

(六) 諸利益の相関的考慮説

わが現行法の物権と債権との基本的体系そのものを否定し、権利の種類・目的物・侵害の態様・被害者の蒙む損害・妨害排除によって加害者に要求される犠牲等を相関的に比較考量して物権的請求権の有無を決すべしと主張する立場である。

これについては、当初債権に基づく妨害排除を不可侵性で基礎づけることの困難さを脱却せんとして発言され、つづいて固有の物権的請求権の行使も権利濫用理論で制約されることのあることに着目して、物権・債権を問わず、すべての権利に共通のものとして主張するものである。<sup>(註7)</sup>

この相関関係の具体的な内容は、「(a)被侵害利益が所有権というような強固な利益である場合には、侵害行為の態様が何ら悪性を帯びないものであっても、妨害排除請求権が認められ、これに反し被侵害利益が特定債権というような、自由競争にさらされているがゆえに法的保護の弱い利益である場合には、侵害行為が相当の悪性を備えていなければ、妨害排除請求権は認められないであろう。また、被侵害利益が、たとえ不動産所有権のごとき強固なものであっても、侵害行為が逆に強い公共性を帯びたときときは、妨害排除請求権は否定されることとなろう。(b)妨害排除の実現によって受けるべき侵害者ないし第三者の犠牲が非常に大きく、これに比べて被害者の受けるべき利益がいうに足らないような場合には、妨害排除・原状回復の請求は否認されよう。」<sup>(註8)</sup>としている

## (七) 受忍限度説

公害については一定の社会的な受忍限度が存在するものであり、これをこえる損害についてはじめて不法行為の責任が生じることとなる。この受忍限度は、被害の程度・態様・当該地域の性質・どちらが先に立地したかなどといったの事情を考慮して具体的に判断すべきものとする。<sup>(註9)</sup>

判例として「多数の被害者が健康に影響を及ぼす程度の被害を受け居住地・住居を生活活動の場として利用することが困難となる蓋然性が高い場合には、その被害は金銭的補償によって回復しうる性質のものでない。」とし受忍限度によって差止請求を認めている。<sup>(註10)</sup>

最近の学説は受忍限度の判定にあたって考慮すべき要素を整理し、たとえば被害者側の事情として、①被害の種類・程度、②被害利益の公共性・社会的価値、③被害者に対する被害回避期待不可能性、④被害者の過失。加害者側の事情としては、⑤加害行為の態様、⑥加害行為の公共性・社会的価値、⑦加害者に対する防止措置の期待不可能、⑧法令・条例等公法上の基準、⑨改善勧告等の行政処分。被害者・加害者双方の事情として、⑩先住性、⑪地域性等をあげ、受忍限度の判定要素としている。<sup>(註11)</sup>

この受忍限度論の学説・判例で支持されるのは以下の理由によるものである。

①この受忍限度論の思考方法は民法学に認められる利益衡量論に沿ったものであり、当事者双方にもたらす利害得失を比較し、最も公平と考えられる結論を各々の要因の価値判断の選択によって定められる。その結果、損害賠償や差止の法域での利益衡量を強調するのが受忍限度論であるから、民法解釈学の傾向に合致する。



② 不法行為の違法性判断の方法は、被害利益の種類・程度と侵害行為の態様とを相関的に衡量することとしており、受忍限度の判断方法と類似するものである。

③ 日常生活の中で生ずる各種生活妨害についてある程度の相互受忍は、共同生活をなす以上社会的に不可避である。

しかしこの説によっても具体的な不法行為に十分に対処しえず、その論理の破綻をきたしたのは後に論ずるとおりである。

#### (イ) 人格権説

大阪空港騒音事件において、判決は「人格権の内容をなす利益は人間として生存する以上当然に認められるべき本質的なものであって、これを権利として構成するに何らの妨げなく、実定法の規定をまたなくとも当然に承認されるべき基本的な権利であるといふべきであるとし、このような人格権に基づく妨害排除および妨害予防請求権が私法上の差止請求の根拠となりうる。」<sup>(註13)</sup> ものとしてその差止を認めた。

また学説においても物権の構成は「人間に対する侵害」である公害問題を正しく把握していないとの見地から人格権説が有力に主張されている。<sup>(註14)</sup>

その主な根拠は次の通りである。

① 公害被害の実質は、生命・健康そして環境という人格的利益の侵害である。

② すでに名誉・プライバシーの人格的利益は人格権としての保護をうけつつあるが、今日公害を阻止することなし

に人格的尊厳を守ることができないから、公害差止権能を含めた人格権の承認が不可欠である。かかる権利の生成は社会的承認で足り、実定法上の根拠を要しない。

③憲法一三条と二五条は、人格権に関する憲法上の価値観を示しており、これは民事裁判規範にも反映すべきである。

④民法七一〇条は、身体・自由・名誉という人格的利益の被保護法益性を示している。

⑤比較法的にも一般的人格権は定着しつつある。

⑥物権的構成では、財産（特に不動産）を持たない者は公害から身を守れないという不都合を生ずる。<sup>(註15)</sup>  
以上のような論拠といくつかの判例がこの事を支持し定着しつつあるとするものである。

#### (九) 環境権説

これは、「良き環境を享受しかつこれを支配しうる権利」として、具体的被害が発生した時点で差止めを考えるのでは既に遅すぎるという点が、基本的発想である。

大気・水・日照・通風・景観等自然的環境素材は、独立して私権の対象とならず、不動産利用権に伴う利益としてその支配に服すると、従来考えられてきたものである。

しかしながら、元来このような自然財は万人の生活にとって不可欠のものであり、土地所有権の有無と関係なく全ての人に公平に分配されるべき資源であるとし、当然万人の共有に属すべき財産であるという点が環境権論主張の出発点となるものである。<sup>(註16)</sup>

環境権論の具体的主張は次の如くである。

①、相關關係論の打破である受忍限度論が「被害の存在」を違法性判定の一要素にすぎないと考え、被害者があつても公共性など加害行為の態様との相關の考量の結果違法性を否定することが多いが、このような考え方を克服する。

權利侵害があれば直ちに違法であるという考え方は原則として損害賠償だけでなく差止についても同様にとられるべきであるが、ただ差止の場合、被害が輕微であるのに地方公共性が極めて高いような場合、權利の内在的制約として例外的に權利濫用として差止請求が阻止されることがあることは認めざるをえない。

②、一つは住民に生命・健康または快適な生活に具体的な被害の發生する前段階で、すなわち環境汚染の段階で加害行為の違法性を追及しうる事。

二つは地域環境共有の理論は、たまたま訴訟で原告になっている個々の住民の權利侵害だけでなく、地域的に拡がりを持つ環境破壊の違法性を追及することができる事。

三つは今日の環境破壊は極めて多様であり、一つの加害行為のもたらす被害が大気・水・日照・通風・眺望など諸々の環境素材の破壊に及ぶことが多い。このような場合全体としての被害をとらえるにはやはり一般的概念としての環境権を認めることが適當である事。

④、その他故意過失については、環境汚染についての予見ないし予見可能性があれば、具体的被害の發生についてのそれがなくとも責任を認める点、因果關係についても環境を汚染した者は他に特別の事情がない限り、その汚染さ

れた環境のもとで公害被害が発生した場合原因者として扱うべきであると主張する。<sup>(註17)</sup>

- (1) 加藤一郎「不法行為」二二頁、富井政章「民法原論」物権二五頁、三瀨信三「物権法提要」第一冊一〇頁、一五頁、大判大正四年三月二〇日民録二一輯三九五頁
- (2) 大判大正一〇年一〇月一五日民録二七輯一七八頁判民一四八事件
- (3) 拙木「判例物権法総論」三四頁
- (4) 我妻「物権法」民法講義Ⅱ二〇頁
- (5) 拙木「判例物権法総論」三四頁
- (6) 註釈民法(6) 物権(Ⅰ) 三〇頁
- (7) 註釈民法(6) 物権(Ⅰ) 三一頁
- (8) 船橋「物権法」三六頁
- (9) 沢井裕「公害差止の法理」二二頁
- (10) 広島高裁昭四八年二月一四日昭和四六年(ネ)一七八号、判時六九三号二八頁
- (11) 東孝行「受忍限度論における挙証責任の分配」民法学6(不法行為の諸問題)七三頁
- (12) ジュリスト「民法の争点」三二九頁
- (13) 大阪高裁五〇年(ネ)七二四・七六〇・八六〇号判例時報七九七号三六頁
- (14) 沢井「公害差止の法理」五六頁
- (15) ジュリスト「民法の争点」三二六頁
- (16) ジュリスト「民法の争点」三二八頁、大阪弁護士会「環境権」七七頁

### 三、学説・判例の検討

#### (一) 絶対権説における問題点

物権が独占的排他性をその特色とし、そのため古来債権は対人権・相対権であるのに対して、物権は対世権・絶対権であるとされてきた。そして権利の侵害による不法行為の成立は、物権その他の支配権に限られていた。

しかしながら、近代法では、債権は特定の債権者と特定の債務者との間の法鎖としてのみではなく、財産権の一つとしてその財貨性が一般に承認されるようになり、債権に対しても第三者による侵害が可能と認められ、債権の侵害もまた不法行為を構成するということが認められるようになった。<sup>(註18)</sup>

沿革的にみて不法行為の成立は絶対権についての侵害に限られていたが、相対権についても、所謂「対世的権利不可侵の効力は権利の通有性として独り債権においてのみこれが除外例と為すものにあらず」とした事から、債権に対する第三者の不法行為の成立が認められるようになったのである。

従来の絶対権・相対権の見解の誤りは、いずれも絶対権については権利の対外的側面を捉えてその効力が対世的であるとか、万人が不可侵義務を負うとかいい、他方相対権については権利の対内的側面を捉えてその効力は特定の義務者に向けられるとして、それぞれ異なる側面を問題としていた事に起因するものである。

このように従来の学説において認められ論じられていた債権の相対性の理論は、不法行為理論の発達と債権における不可侵性の是認に伴って、否定せられることとなったのであり、今日においてはほとんど支持されない傾向にある

といえよう。

しかしながら、「物権の対世性・絶対性と債権の対人性・相対性とは、ローマ法における対物訴権 (actio in rem) と対人訴権 (actio in personam) との承継ということのみではなく、パンデクテン体系の論理的性格によるものである。またこれは、近代法における自由所有の原則と、自由契約の原則との原理的要請にそうものである。

ドイツ民法はこの物権・債権の性質を基本とし、一応これをもって貫徹している。わが民法においてもパンデクテン体系をとっている限り、この論理的性質は否定することはできない。物権の不可侵性は、物権の対世性・絶対性の論理的帰結である。」として、尚物権・債権の絶対性・相対性の区別を支持する学説もある。

けれども、この物権の不可侵性が物権の対世性・絶対性の論理的帰結では決していない事は後に論証するものであるし(二)参照)。またパンデクテン体系をとり、自由所有の原理と自由契約の原則を近代法の特色として認める事と、物権に絶対性の存する事の証明とは、論理的性質として結合する事はないのである。

そして、債権が債務者に対する権利であるとするのは、債務者以外の第三者に対してその特定の給付を要求しえないという意味を有するに止まり、第三者がこの給付請求権を尊重しこれを侵害しない義務を負うか否かは、債権が一個の権利として法の保護を受くべきや否やの考慮によって決せらるべき別個の問題である。このことは物権についてもまた同様にいうることなのであって、債権が債務者に対して給付を請求しうることを内容とする、ということに対応する物権の内容は、物を直接に支配しうるということであるのは前述の通りである。この物に対する支配を第三者が尊重すべき不可侵の義務を負うか否かは、物権の内容と異なる別個の問題であり次元の異なるものである。およ

そ法が權利を認める以上、第三者がこれを侵害すればこれを傍観すべきはではなく、第三者の不可侵義務を前提としてこそ權利の存在理由が証明せられるものであり、これについては物權であると債權であると、はたまた財産權であると身分權であることによって差異の存する理由はない。不可侵性は実に權利の通有性とされ、一般人が不可侵義務を負うという点より物權をもって絶対權と称するなら、債權その他の權利もまったく同様の意味において絶対權とよばれるべきこととなり、權利にして相對權の名に値いするものは存しないといわざるをえない。

(二)、不可侵性説における問題点

(1)、判例は大正四年以来、權利の通有性としての不可侵を強調することによって、第三者の債權侵害について不法行為の成立を認めたのは周知の事である。

すなわち「債權ハ特定ノ人ニ對シ特定ノ行為ヲ要求スル權利ヲ云フモノナルガ故ニ、債權者ハ特定ノ債務者ニ對シテノミ其行為ヲ要求スルコトヲ得ベク、債務者以外ノ第三者ハ毫モ其要求ニ応ズルノ義務ナキコトハ言フ俟タザル所ナレドモ、凡ソ權利ナルモノハ、親權夫權ノ如キ親族權タルト、物權債權ノ如キ財産權タルトヲ問ハズ、其權利ノ性質内容固ヨリ一ナラズト雖モ、何レモ其權利ヲ侵害セシメザルノ對世的効力ヲ有シ、何人タリトモ之ヲ侵害スルコトヲ得ザルノ消極的義務ヲ負担スルモノニシテ、而シテ此對世的權利不可侵ノ効力ハ実ニ權利ノ通有性ニシテ、独リ債權ニ於テノミ之ガ除外例ヲ為スモノニアラザルナリ。世上往往債權ハ唯債務者ヲシテ或行為ヲナサシムルコトヲ得ルニ止マリ広ク第三者ニ對シテハ何等ノ効力ヲ及ボスモノニアラザルコトヲ論ズル者ナキニアラズト雖モ、此レ頗ル失當ナリ、債權ノ内容タル或特定ノ行為ハ、固ヨリ債務者ニ對シテノミ之ヲ要求ナスルコトヲ得ベク、当事者以外ノ第

三者ニ対シテ之ガ要求ヲナスコトヲ許サザルハ、言ヲ俟タザル所ナレドモ、苟モ權利トシテ法律ノ保護ヲ与フル以上ハ、他人ヲシテ其權利關係ヲ侵害セシメザル對世的効力ヲ認ムルノ必要ナルコトハ明ニシテ、其權利ノ物權タルト債權タルトニ依リテ、之ガ等差ヲ設クベキ理由ナキモノト謂ハザル可カラズ。……是ヲ以テ、若シ第三者ガ債務者ヲ教唆シ若クハ債務者ト共同シテ其債務ノ全部又ハ一部ノ履行ヲ不能ナラシメ、以テ債權者ノ權利行使ヲ妨げ、之ニ依リテ損害ヲ生ゼシメタル場合ニ於テハ、債權者ハ右第三者ニ係リ不法行為ニ關ス一般ノ原則ニ依リ損害賠償ノ請求ヲ為スコトヲ得ルモノトス。」として、第三者の債權侵害による不法行為の成立を認め<sup>(註19)</sup>。

更に、「權利ハ法律上ノ力ナレバ、權利者ガ權利ヲ行使シテ其内容タル力ヲ實現スルコトハ、他人ニ於テ之ヲ侵害スルコトヲ許スベキニアラズ。若シ之ヲ侵害スルコトヲ許スモノトセバ、權利ノ内容ハ全ク若クハ十分ニ之ヲ實現スルコトヲ得ザルコトトナリ、權利ハ有名無実ノモノタルニ終ラン。故ニ苟モ權利ノ内容ニシテ、形成權ノ如ク事實上他人ニ於テ侵害ヲ加フルコトヲ得ザル性質ヲ有スルモノニアラザル限りハ、其支配權タルト請求權タルトヲ問ハズ、法律ハ他人ニ於テ之ヲ侵害スルコトヲ許サザルモノナリト謂ハザルベカラズ。茲ヲ以テ、特定人ノ特定ノ行為ヲ請求スルヲ主タル内容トスル債權ト雖モ、他人ニ於テ之ヲ侵害スルヲ許サズ、若シ故意過失ニ因リ違法ニ之ヲ侵害シタルトキハ不法行為ノ責アル」としながらも、本件では不法行為を成立せしめずとする。<sup>(註20)</sup>

その後において債權侵害による不法行為の成立を認める判例は多く、今日では確定した學說・判例となっている。次に債權にもとづく妨害排除請求權について、初め「權利の性質」として認め、まもなくそれが「權利の不可侵性」によるとした。



すなわち、専用漁業権の賃借権につき、「権利者が自己ノ為メニ權利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨グルモノアルトキハ、其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ權利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ、其權利ガ物權ナルト債權ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスベキ理由ナシ」とした。<sup>(註21)</sup>

更に大正一二年に国有財産の寺院境内地としての使用権につき「物權タルト債權タルトヲ問ハズ不可侵性ヲ有スルモノナレバ、之ヲ妨害スル者ニ対シ其ノ妨害ヲ排除ヲ請求スルコトヲ得ルモノ」と判示した。<sup>(註22)</sup>

戦前の判例はだいたいこれに従っているようである。そして不可侵性理論を適用した具体例をみると、占有を伴った不動産賃借権については妨害排除請求を認めながら、占有を伴わないものについてはこれを否定していた。

このように無制限に妨害排除を債權において認めていたのではないが、理論としては、權利である以上不可侵性が存し、これに対する侵害は常に妨害排除請求権が生じることとなって不当な結果とならざるをえない。

かくして不可侵性理論の修正とその適用の限界づけが必要となる。

戦後の判例は、具体的・実質的には従来の判例と変らないが、法律構成的には不可侵性の理論を捨て、債權には原則として妨害排除を否定するに至った。

すなわち、「或る特定人間の債權契約は、その契約の当事者間において債權者は債務者に対し、或る一定の作為又は不作為の給付を請求することを得る法律上の權利を取得するに過ぎないものであって、債權者は直接第三者に対して、債權の内容に応ずる法律的効力を及ぼし、第三者の行動の自由を制限することを得ないのを本則とする。ただ第三者の不法行為により、債權の侵害され得べきことは近時一般に認められるところであるが、それは損害賠償の請求

を認める限度において肯定さるべきであり、これがために、債権に排他性を認め、第三者に対し直接妨害排除等の請求を為し得べきものとすることはできない。」<sup>(註23)</sup>とした。

更に対抗力を備えた不動産賃借権について認め、また無権限で占有する第三者に対する妨害排除請求を可能とする。<sup>(註23)</sup>

かくして、最近の学説では、不可侵性について次のように論ずる。

「これを物権特有の性質と認めるかどうかについては、不可侵性ということの意味をいかに理解するかによっても違ってくるが、わたくしはこれをどのような意味に理解しようとも、物権の特質と認められないと考えている。まず不可侵性ということの意味については、狭義では、物権の侵害が不法行為として損害賠償義務を生ずる面での不可侵性を意味し、広義では、このほか、物権の侵害によって侵害排除原状回復請求権が生ずる意味での不可侵性をも加える。従来、多くの学者はこれを狭義に解し、一般に不可侵性が物権のみの特性たることを否定したが、他方侵害排除原状回復請求権を生ずる面では、これを物権特有の物権的請求権の問題として捉え、物権の特性たることを肯定する。そして、多くは物権的請求権の根拠を、むしろ物権の排他性ないし直接支配性に求めているのである。しかし、わたくしは、不可侵性の意味を広義に解すべきものとなしつつも、いわゆる物権的請求権ないし侵害排除原状回復請求権をもって物権特有のものとは認めないのであるから、不可侵性を広義に解しても、これを物権の特質とすることはできないものと考える。」<sup>(註24)</sup>としている。

ここにみる不可侵性の意義とその広狭論が必ずしも明確でないが、不可侵性も多義的でありその用法も多種である

と思われる。

(2)、多義的な不可侵性の意義ないし内容について、論理的な分析を試み、その定義を明確にしてみよう。

まず不可侵性が判例の示したような「権利の性質」ないし「権利一般の通有性」とする一般論的・概念的な説明では不明と言わざるをえず、また広狭二分してみても本質が明らかとならない。

一般に不可侵性とは、「権利を侵害してはならない」と解され、それ故に侵害が生じた以上「その排除」が可能と考えられているようである。

この事は憲法二九条において、「財産権はこれを侵してはならない」とか、同一九条「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」。或いは民法七〇九条の「他人の権利を侵害したる者」等を示される「侵害の否定」である。この侵害の否定である不可侵性は、所謂「侵害せられざるべき性質ないし権能」を示すと共に、「侵害すべからざる性質ないし権能」の二側面を含むものと解せる。

第一の「侵害せられざるべき性質ないし権能」は、例えば「油が水と融合」しない如く「権利」そのものが侵害される事なく、例えば所有権が永久に存続する意義と解せる。

第二の「侵害すべからざる権利」は、例えば「人の生存の保証」が必要な如く、他人が権利の侵害を禁じられる現象の意義と解せる。

このように不可侵性は右の二つの側面に解せるが、ここで問題となり重要なのは第二の意義であり、他人の権利侵害が否定せられる側面、すなわち物権であれ債権であれ権利たる以上侵害が否定せられる事が権利存立の前提要件で

あり、第三者の権利侵害は禁じられるという事を意味している。

この侵害の禁じられる事と、現に侵害が生ずる事とは、全く別個に考察されるべきであり、更にその侵害の排除は又異った概念であるが、時にこの事を混同する説がみられる。

すなわち、不可侵性とは理論的に解する限りあくまで権利侵害の禁止であり、「侵害すべからざる性質の権利」なる事を意味し、現在または将来の利益享受を可能ならしめるため、法が認める各種の権利につき、権利者以外の何人もその利益享受を全面的または部分的にせよ不能ならしめ権利者の権利行使を妨げてはならないという事である。

勿論、権利侵害は権利自体の存立を害する方法でなされる事もあれば、或いは権利の内容を現実化する過程すなわち権利の行使を、妨げる方法でなされる事もあり、侵害の方法や態様は各種の権利の性質や内容の相違によってそれぞれ異なる事となる。それ故権利一般の通有性として認められる不可侵性が存しても、その権利の内容によっては、侵害の排除すなわち原状回復的救済が不能ないし制限せられ或いはその必要性を必ずしも認められないものもある。この事は財産権のうち物権と債権において特に顕著な対立をみせている。

### (三) 支配権説における問題点

(1)、物権が支配権であるとしても、現実生ずる妨害を否定する事はできないし、妨害の生ずる事と支配権性とは必ずしも一致せず或いは関連も否定されるのではなからうか。

そこで論者の言うように、物権の内容を実現することが他人の支配に属する事情によって妨げられていたときには、物権を有する者と雖も、その他人の支配を侵して物権内容を実現することは許されない（自力救済の禁止）こと

となる。そこで妨害除去の請求力を持たなければ、物権は全く有名無実となる。これが物権的請求権を認める理論的根拠とする。<sup>(註27)</sup>

これは、自力救済が禁じられる事から妨害排除請求を認めるとするのであり、妨害排除の請求をなさねば物権が全く有名無実となるからだとするのである。何故これが妨害排除請求権と理論的根拠とを結合せしめるのか全く理解しえないところである。

近代における法一般の原則として、法の効力を保証するため、急迫不正な侵害を除いて個人の自力救済を禁じる反面国家権力による法の実効性と結果としての強制力を認めているのは周知の事であろう。自力救済の禁止は法制度一般の原則であってひとり物権的請求権の認められるものでもなく、ましてやその理論的根拠として論じうるものでもない。理論的根拠の字句に惑わされてはならないだろう。

(2)、或いは、物権が物に対して有する支配を確保するため、妨害者に対し妨害の排除を請求することを内容とする物権の権能だとし、物権に固有なものだとする。<sup>(註28)</sup>

これについては後に論ずる通り、必ずしも物権に限定することも物権に固有なものと考える事も妥当でないと解される(四参照)。

#### (四) 排他性説における問題点

(1)、物権的請求権の根拠は、物権が目的物に対する直接の支配権であることに存するとし、排他性は両立しない権利の成立を否定する観念的なものであり、従って排他性から直ちに妨害排除請求権を導くことは正確ではないと一般

に解されているようである。<sup>(註29)</sup>

物権に対する侵害は不可侵性によって禁じられるが、現実には侵害状態が生じたなればその排除をなすは不可侵性では決していない。例えば債権侵害は権利の不可侵性より禁じられるが、原状回復の請求が全く認められず、また生命侵害は禁じられるが一度侵害状態が生ずればその回復は不能であるという点に伺いする。すなわち権利における侵害禁止は不可侵性によって認められるが、侵害状態の排除請求は不可侵性より生じえないのである。

この侵害状態に対する排除態様の請求権こそまさしく排他性によって生ずる事を次に論証してみよう。

(4)

物権において認められ存するとされる排他性の意義ないし内容について分析すれば、そこには次の二つの側面の存する事が理解される。

第一の側面、物権の存立において同一目的物につき同一内容の二個の権利が同時に並存しえない事、あたかも同一空間を占める物体が同時に二個存しえない如く、同一目的物につき所有権は同時に二個並存しえない——並存の物理的・観念的否定である。

すなわち並存の外観を呈する場合もその内容を異にするとか、物権がその成立の順序に従い一物一権主義であるとすると現象に現らわれている。

第二の側面、物権の内容が何らかの事実によって妨げられるという場合に、その侵害状態を許容する事なく排斥しうる事、あたかも違法な侵害が正当防衛の権利を生ぜしめ自力救済を認める如く、物権侵害においてはその排除態様

として物権的請求権を生ぜしめる——並存の法律的・人為的否定である。

すなわち物権が対抗力を具備することによって、物権相互間において或いは債権に対して優先的効力を認めるとする現象にも現らわれている。

通説において排他性の第二の側面が全く看過せられ本来この側面が重要な働きをもつにかかわらず、第一の側面において排他性概念を捉えんがために、物権の効力たる物権的請求権の根拠を外在的な絶対性・不可侵性・支配権性等に求めざるをえなかったものと思われる。またこの事から根拠と効力についての学説の紛糾と理論の矛盾ないし不備が生じたわけであるが、排他性を第一の側面にその意義を限定すべき積極的理由が存しないのみならず、むしろ現実には侵害の生ずる以上その排除が内在的な性質ないし効力から認められるものとする方が論理的であり、特に排他性の意義を第一の側面にのみ限定するならば理論としては、かかる現実の侵害状態の惹起をも否定せざるをえないのではなからうか。

(四)、

債権においてこの排他性はいかに扱われるべきかという問題が生ずる。

排他性の第一の側面は債権においては、債権が同時に同一内容のものとして無数に並存しうるとする通説に従うならば、ここに全く否定せられるかの如くである。

まず債務者の関係Ⅱ債務において考察するならば、例えば債権者(A)が債務者(B)に対して一定の給付(C)をなさしめる債権関係(Z)は、同一所有権が同時に二個並存しえない如く物理的に並存しえないものである。

つまり、他の債権者(A)が債務者(B)に対し一定の給付(C)すなわち債務者(B)にとっては先の債務(C)と同似内容の給付をなすべき債権関係(Z')は、先の(Z)と同時に並存するが、厳密にすなわち両債権関係が共に(Z)として並存する事は物理的に不能であろう。

債権関係においては物権と異なり同時に同一内容の無数の債権債務関係が並存しうるとするも、それは単に債務者の側において同似内容の債務が並存するだけの事であり、物権において同一人に異なる物に対する物権が同時に帰属する事と異なる現象ではなく、通説の掲げる目的物と所有者との関係すなわち所有権が一個であるとする事とは対比において相当せずもし対比するならば(Z)または(Z')と等置せねばならず、故に妥当な解釈妥当な結論と云えないであろう。

次に目的物——客体としての物に対する関係において債権は無数に並存するとするも、これは同一目的物につき所有権と占有権或いは質権等が並存する如く、その並存債権は帰属を異にし内容の異なる債権が並存するだけでなからうか。例えば特定物の引渡債務や特定履行の給付として同一内容の債務が同時に物や行為に関して存する如くであるが、物や行為を対象に債権関係の存否を論ずるのは適當でなくというよりも見当違いで、結局債権の目的たる債務者の給付として捉えるべきでありその給付は債務者の意思にかかるものである。従って外觀的に目的物に多数の債権が並存する如く思われる現象は、正しくは帰属を異にする債務関係が並存している先の現象の側面というのではなからうか。

そうだとすれば、物権における排他性の第一の側面すなわち観念的・物理的並存の否定は債権においても認めうる



事となりここに債権にも排他性が存するといわねばなるまい。

次に排他性の第二の側面についてみると、債権の性質上または法構造上そして契約自由の原則・債権者平等の原則を認める事から、同一目的物に対する同一内容の債務が同時に並存する事を許し、その事から所謂二重契約も違法性をおびず自由競争の所産として許容され合法且有効に無数の契約関係の成立が可能となり、事実上の侵害状態をも債権においては排除しえないし侵害そのものが成立せずとする通説に従えば、この側面は全く否定されるかの如くである。

確かに債権関係は右の如く法構造上物権に優先的効力を与え或いは私的自治の原則に従う自由競争に伴って債務履行が債務者の意思にかかわる故にいずれの債権者に履行をなしても己むをえないとする事から、事実上の債権侵害状態もその侵害そのものの成立が否定され或いは排除そのものが否定ないし制限せられる場合がある。しかし債権はまず対内的効力として債務者が債務の履行を完全になさず或いは怠った場合には債務不履行の効果として一定の救済態様が認められ、また対外的効力として例えば債権者でない者が受取証書の持参人（民法四八〇条）として有効な弁済を受け債権の帰属を失わしめた場合等においては、所謂第三者の債権侵害として不法行為を成立せしめ、その排除態様として損害賠償請求権が認められている。更に債権が物権化したとされる場合や債権者取消権・先取特権の認められる場合の如く、例外的であるにせよ債権が強く保護され更に物権以上にその排除力すなわち人為的・法律的並存の否定が認められる場合のある事も明らかである。

このように債権においてその侵害に対する排除態様が制限的であるにせよ認められている以上、債権において排他

性の第二の側面を全く否定する事は妥当でない事が伺いえる。

而して排他性の第二の側面は債権において次の部分に区別される。その一は債務者による侵害でありこれは債務不履行として排除態様を認められ、その二は法構造上或いは債権の性質上排他性の第二の側面が制限ないし否定される部分と共に、更に侵害が違法とされる場合すなわち第三者による債権侵害が成立しそれを排除しうる場合並びに物権化した債権等として侵害を排除しうる場合の部分のある事が明らかとなろう。

(イ)、かくして物権・債権における排他性の意義を第一の側面（並存の物理的・觀念的否定）にのみ限定するとしても、更に第二の側面（並存の人為的・法律的否定）において債権ではそれが制限ないし否定される場合があるとしても、債権にも排他性を認めねばならない。

債権においてそれが制限ないし否定される場合が存するとしても、排他性が全く存しないとする事は、制限せられる場合と全く否定される場合とを混同する事になる結果、債権において排他性の第一及び第二の側面を全面的に否定することは誤りとなろう。

このように債権に排他性殊に第二の側面（並存の人為的・法律的否定）が存するとする事は、所謂不法行為の成立の場合における救済として、その排除態様を物権侵害におけると同様、その妨害の排除・差止・予防の請求をなしうることとなる。また故意・過失を必ずしも要件とすることなく継続的・回帰的侵害の排除ないし予防の請求も排除態様として認めうるのではなからうか。すでにみたように、不可侵性はあくまで権利侵害の禁止を示すものであり、現実生じた侵害に対してはこの人為的・法律的否定としての排他性によって、その侵害状態を具体的に排除し、もつ

て権利の実際的な保護救済を計る事こそ急務であり、これこそ権利を権利として認める前提要件と思われる。  
(註30)

(以下次号)

註(18) 大判大正四年三月一〇日刑録二二輯二七九頁

大判大正四年三月二〇日民録二二輯三九五頁

(19) 大判大正四年三月一〇日刑録二二輯二七九頁

大判大正四年三月二〇日民録二二輯三九五頁

(20) 大判大正一〇年一〇月一五日日民録二七輯一七八頁

(21) 大判大正一二年四月一四日日民録二卷二二七頁

(22) 最判昭二八年二月一四日日民集七卷一二号一四〇一頁

(23) 最判昭二八年二月一八日日民集七卷一二号一五一五頁

(24) 最判昭三〇年四月五日日民集九卷四号四三二頁

(25) 註釈民法(6)「物権(1)」六頁

(26) 我妻「物権法」二〇頁

(27) 川島「所有権法の理論」一二三頁

(28) 我妻「債権総論」八四頁

(29) 拙稿「不法行為における原状回復的救済論」東洋法学第二十四卷一三三頁

(30)